

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES TRANSFORMATIONS SOCIALES ET LA THÉORIE NORMATIVE DU DROIT

Auteur(s) : André LACROIX, Louise LALONDE, George A. LEGAULT

Revue : *RDUS*, 2002-2003, volume 33, numéro 1-2

Pages : 1-11

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12296>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12296>

Page vide laissée intentionnellement.

LES TRANSFORMATIONS SOCIALES ET LA THÉORIE NORMATIVE DU DROIT

par André LACROIX*
Louise LALONDE**
George A. LEGAULT***

SOMMAIRE

1.	Un bref et incomplet constat sociologique	3
2.	L'adoption des chartes	5
3.	Les nouvelles formes de règlement des différends	6
4.	Une nouvelle théorie normative entre droit et morale	8
5.	Une nouvelle théorie normative interne au droit	8
6.	Conclusion et présentation des contributions	9

*. Professeur à la Faculté de théologie, éthique et philosophie de l'Université de Sherbrooke.
**. Professeure et directrice des Programmes de 2^e cycle de prévention et règlement des différends à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.
***. Professeur à la Faculté des lettres et sciences humaines de l'Université de Sherbrooke.

Comme toute production sociale, le droit se transforme au gré des changements technologiques, économiques, culturels et sociaux. Or, à l'aube du XXI^e siècle, cette transformation du droit s'avère toute particulière en ce qu'elle semble révéler les limites du droit comme mode privilégié et monolithique de régulation de nos sociétés. De fait, alors que le droit semblait pouvoir faire l'économie des autres formes de normativités sociales et reléguer aux oubliettes les théories normatives morales du droit par l'adhésion à la théorie positiviste, l'éthique et la morale reviennent poser nombre d'interrogations au droit et à sa transformation. Leurs discours infiltrent le droit et s'y intègrent de plus en plus. Le droit traduit ainsi des valeurs dont il s'était pourtant dissocié. Les enjeux de ce phénomène sont majeurs puisqu'ils posent le questionnement de la nécessité d'une transformation des théories normatives du droit et révèlent ses insuffisances à réguler nos sociétés.

Ainsi, dans ce contexte des transformations du droit et autour de cette thématique spécifique des enjeux des théories normatives du droit, des chercheurs et chercheuses se sont réunis lors d'un colloque interdisciplinaire organisé dans le cadre de l'ACFAS en mai 2001. Afin de mieux situer les diverses problématiques d'arrière-plan qui soutiennent leurs réflexions, elles seront regroupées autour des thèmes suivants : 1) un bref et incomplet constat sociologique; 2) l'adoption des chartes; 3) les nouvelles formes de règlement des différends; 4) une nouvelle théorie normative entre morale et droit et 5) une nouvelle théorie normative interne au droit.

1. Un bref et incomplet constat sociologique

Les cinquante dernières années ont été sans conteste riches en événements majeurs sur le plan social : avancées scientifiques spectaculaires en médecine et en biologie, constats liés aux atrocités de la guerre et mouvements de décolonisation, pour ne nommer que quelques-uns des phénomènes les plus marquants. Plus encore, les deux dernières décennies ont été tout particulièrement déterminantes par la montée des individualismes et des demandes identitaires de toutes sortes sur le plan social. Parallèlement, les récentes percées dans le domaine de la génétique ont tout simplement changé la donne dans le milieu scientifique et dans son image sociale. Beaucoup plus que dans leur valeur symbolique, ces événements ont suscité des interrogations dans la population qui a progressivement pris conscience des dérives possibles.

Ces inquiétudes ont mené les citoyens à réclamer de nouvelles garanties quant à leurs droits ou à la reconnaissance de nouveaux droits puis, les autorités civiles ont alors été confrontées aux limites de leurs pouvoirs politiques¹ et à la montée de ce que certains nomment «un nouvel esprit social»².

En réponse à ces revendications, les institutions et les États ont pris le parti de générer de plus en plus de nouvelles normes (lois, réglementations et directives), afin de réguler la vie en société et d'encadrer les nouvelles pratiques scientifiques et sociales. Cette imposante production normative a incité de plus en plus de citoyens à recourir aux tribunaux et à diverses instances décisionnelles administratives (tribunaux administratifs, comités décisionnels au sein des institutions) afin de régler leurs différends et d'ainsi obtenir la reconnaissance de ces nouveaux droits. Face à cette situation, de nouvelles formes d'arbitrage des litiges et de nouveaux cadres de résolution des différends ont émergé afin d'offrir des réponses à ces demandes croissantes et d'ainsi donner le maximum de latitude aux parties pour solutionner elles-mêmes les différends. Par ailleurs, le droit a été de plus en plus mis à contribution pour solutionner non seulement des problèmes juridiques, mais aussi des conflits liés à des questions de morale publique et d'éthique, comme en témoignent entre autres au Canada les affaires *Latimer*³ et *Sue Rodriguez*⁴.

Ces importants bouleversements sociaux créent un malaise dans le milieu juridique, et ce faisant, ceux et celles qui s'interrogent sur la notion d'efficacité du droit et sur sa finalité deviennent de plus en plus nombreux. Ces interrogations illustrent que le droit semble, sinon dans une impasse, à tout le

-
1. La montée actuelle du phénomène de la mondialisation illustre d'ailleurs très bien cette limite du pouvoir politique lié aux habituelles catégories normatives incarnées par l'État nation et les citoyens, pour ne nommer que celles-là. L'effritement des souverainetés étatiques découlant de ce phénomène en est une conséquence majeure. Sur la question des rapports entre l'État de droit et la mondialisation, dans la perspective des nouveaux modes de gestion des différends, voir : L. Lalonde, «État de droit et modes privés de gestion des différends» dans D. Mockle, dir., *Mondialisation et État de droit*, coll. «Mondialisation et droit international», Bruxelles, Bruylant, 2002 à la p. 291.
 2. L. Boltanski et E. Chiapello, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1999; K. Polanyi, *La grande transformation : aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris, Gallimard, 1983.
 3. *R. c. Latimer* [2001] 1 R.C.S. 3.
 4. *Rodriguez c. Procureur Général de la Colombie-Britannique* [1993] 3 R.C.S. 519.

moins à la croisée des chemins : entre l' inflation de normes qui ne semble aucunement régler les diverses problématiques contemporaines et l'émergence de systèmes parallèles dont l'efficacité et la finalité peuvent et doivent être remises en cause. Dans les deux cas, de nouvelles conceptions du droit et de son rôle, sinon de nouvelles manière de l'interpréter pourront offrir une clé. Dans ce contexte, une nouvelle théorie normative du droit ou une nouvelle conception de la fonction de juger s'imposent, comme le pressentent des travaux récents sur ce sujet. Ce besoin découle aussi de l'adoption des chartes des droits qui ont confié un nouveau rôle aux juges et de nouvelles fonctions aux cours de justice. Plus largement, ce besoin s'infère du pluralisme social⁵ et de la manière dont nos démocraties définissent la structure de base de la société, pour paraphraser les termes de John Rawls⁶. Ainsi, nous sommes amenés à penser la refonte du droit à l'extérieur de son cadre normatif actuel afin de prendre en compte les nouvelles morales individuelles ou à penser cette refonte à l'intérieur de son cadre actuel en prenant en compte la nouvelle pluralité de normes.

2. L'adoption des chartes

L'adoption de chartes des droits par un grand nombre d'États occidentaux depuis le début des années 1970 et, plus près de nous, l'enchâssement de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, ont radicalement transformé la «fonction de juger» assumée par les magistrats, surtout ceux des cours supérieures. Le «nouveau» pouvoir des juges fait en effet l'objet de nombreuses interrogations et critiques puisqu'il suppose que le juge doit, par le libellé de la loi, de plus en plus souvent interpréter non pas la loi, mais un ensemble de valeurs sociales à la lumière d'une loi qui a d'abord pour fonction de baliser les échanges entre citoyens. Cette difficulté a posé à plusieurs la question de la signification de cette transformation du «pouvoir des juges» vis-à-vis de notre conception du droit et de notre manière de prétendre résoudre les problèmes juridiques.

Traditionnellement, la référence au concept de la règle de droit (*rule of law*) comme théorie normative s'opposait au «gouvernement par des

5. C. Mouffe, dir., *Dimensions of Radical Democracy : Pluralism, Citizenship, Community*, Londres, Verso, 1992.

6. J. Rawls, *Theory of Justice*, Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1971.

hommes» (*rule of men*). Selon cette conception, la règle de droit devait permettre au gouvernement de justifier rationnellement ses décisions et ses actions, la rationalité étant évidemment associée au respect du cadre juridique. Cette vision du droit est essentiellement issue d'une approche positiviste⁷ qui restreint le pouvoir d'énonciation des lois à l'État et qui laisse aux juges le soin d'interpréter cette production normative. Si une telle conceptualisation peut habituellement prétendre rendre compte de l'ensemble de la production normative au sein d'un État et justifier une certaine manière de faire, il est moins certain qu'elle puisse à terme rendre compte de l'ensemble des valeurs sous-tendues par cette production légale, d'autant que ces valeurs apparaissent de moins en moins homogènes. Ainsi, la question demeure récurrente, sinon persistante : la théorie générale du droit portée par le positivisme juridique de type kelsenien peut-elle encore rendre compte des transformations actuelles de la fonction de juger? Sinon, quelle théorie normative du droit la «nouvelle» fonction de juger incarne-t-elle ou quelle théorie normative du droit pourrait prétendre incarner cette manière de faire? Voilà une première question qui émerge notamment de l'adoption de la kyrielle de chartes depuis le milieu du siècle.

3. Les nouvelles formes de règlement des différends

Outre les transformations normatives issues des chartes, l'émergence des modes de règlement (non judiciaires) des différends dans de nombreux champs des pratiques sociales suscite plusieurs interrogations en regard de la transformation du droit, mais plus largement encore, en regard de la transformation des modes de régulation sociale.

Comme le précisait madame Linda Goupil, alors ministre de la Justice, lors d'une communication au Congrès du Barreau du Québec de 2000, «[...] l'avènement de la conciliation facultative à la Cour d'appel du Québec ainsi que les modifications du *Code de procédure civile* visent à adapter le droit aux nouvelles réalités sociales»⁸. Or, dans quelle mesure les nouveaux modes de

7. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. par Henri Thévenez, Neuchâtel, La Baconnière, 1953.

8. L. Goupil, «Allocution au Congrès du Barreau du Québec» (2000) 32 R. du B. 12 à la p. 3.

règlement des différends modifient-ils la conception de la justice issue de notre droit et à quelles nouvelles réalités sociales répondent-ils? En 1999, la Commission du droit du Canada faisait remarquer que les limites du droit pénal et du droit civil sur le plan de la réponse aux conflits ont été étudiées d'une manière approfondie par les juristes et les commentateurs, particulièrement dans le cas du droit pénal au cours des dernières décennies. Par ailleurs, très peu d'efforts ont été déployés pour repenser la théorie et la pratique de la justice sur lesquelles ces autres solutions devraient être fondées ou pour évaluer dans quelle mesure ces remises en question témoignent de transformations sociales d'une nature plus globale⁹.

Il devient opportun de nous demander quels rapports les modes de règlement des différends entretiennent avec le droit formel : peut-on valablement soutenir qu'ils proposent une approche «alternative», complémentaire ou simplement un processus différent d'appréhension des litiges, tels qu'ils sont traduits par le droit? La finalité des modes de règlement des différends les place-t-elle dans une perspective morale, éthique ou autorise-t-elle tout simplement une appréhension des conflits qui redéfinit les normativités inhérentes au conflit en élargissant le spectre d'appréhension de ces normativités, lequel est restreint dans les modes conventionnels (judiciaires) à la seule normativité juridique? Et au-delà de ces interrogations sur les transformations du droit, sommes-nous face à un nouveau mode de régulation sociale qui permet l'adaptation au pluralisme social et autorise une légitimation consensuelle des normativités, laquelle pourra être individualiste ou collective selon les pratiques arrêtées par ces modes¹⁰? Peu importe les réponses données à ces questions, l'émergence des modes de règlement des différends est révélatrice de la crise du droit et de celle du judiciaire. Plus encore, elle traduit une crise profonde de nos institutions et de l'autorité au sein de nos sociétés démocratiques avancées.

9. Commission du droit du Canada, 1999, *De la justice réparatrice à la justice transformatrice* Document de discussion. Catalogue N° JL2-6/1999 ISBN 0-662-64363-1.

10. G.A. Legault, *Les modes de règlement des différends : vers une autre «justice»?*, Sherbrooke, GGC Éditions/Université de Sherbrooke, Collection Essais et Conférences, 2001.

4. Une nouvelle théorie normative entre droit et morale

La transformation de la fonction de juger ainsi que le développement de nouveaux modes de règlement des différends soulèvent à leur manière une interrogation sur le sort de la théorie du droit, notamment celle issue du positivisme juridique, mais aussi sur l'élaboration et l'efficacité d'une nouvelle théorie normative en droit. L'analyse de ces phénomènes suscite, au plan sociologique, des interrogations sur le pluralisme normatif et son impact quant à l'élaboration d'une théorie normative du droit. Les travaux du professeur Guy Rocher sur le droit et l'éthique critiquent la vision du droit comme seul mode de régulation sociale¹¹. Le rapport entre «droit et morale» en tant que modes conflictuels ou complémentaires de régulation dans une société démocratique constitue un enjeu fondamental de la réflexion sur la «crise du droit». Le titre de l'ouvrage récent de Jean-Louis Génard, *Les dérèglements du droit : entre attentes sociales et impasses morales*¹², est d'ailleurs révélateur des enjeux posés par les rapports apparaissant entre la régulation juridique, la régulation morale et l'émergence de l'éthique appliquée dans les sociétés démocratiques avancées. À cet égard se pose la question de l'internormativité entre le droit, la morale et l'éthique, c'est-à-dire la manière dont les normes morales, juridiques et éthiques interagissent entre elles ou celle dont les différentes normativités juridiques reflètent ces niveaux d'action et d'interaction.

5. Une nouvelle théorie normative interne au droit

Il importe de saisir que le phénomène de l'internormativité discuté par un nombre croissant de juristes peut être compris de l'intérieur ou de l'extérieur du droit. Compris de l'intérieur, il réfère alors à un ensemble de normes juridiques interagissant entre elles à différents niveaux. Le travail du juriste consiste alors à interpréter ces normes au-delà de la seule hiérarchie législative et étatique. À l'inverse, lorsque ce phénomène de l'internormativité est analysé de l'extérieur du seul cadre juridique, embrassant les structures sociales et institutionnelles, nous parlerons de «pluralisme juridique». Les travaux de

11. G. Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996.

12. J.-L. Génard, *Les dérèglements du droit : entre attentes sociales et impuissance morale*, Bruxelles, Labor, 2000.

l'équipe de recherche dirigée par la professeure Andrée Lajoie vont dans ce sens. Le questionnement sur l'émergence des normes et les conceptualisations du droit qui le sous-tendent, de même que les théorisations alternatives à l'anti-positivisme qu'il présuppose, constituent l'axe unificateur de la démarche de l'équipe¹³. Comme le démontrent les critiques et discussions entourant ces travaux, notamment celles auxquelles prennent part les professeurs Belley¹⁴ et Lenoble¹⁵, le «pluralisme juridique» soit fait appel aux sciences sociales, et de ce fait, réduit la théorie du droit aux sources matérielles, soit constitue une nouvelle théorie «non normative» du droit, soit suscite l'élaboration d'une nouvelle théorie normative du droit¹⁶. La question de la «théorie normative du droit» se pose alors à la lumière de la matrice des sciences sociales et de leur interprétation des phénomènes sociaux.

6. Conclusion et présentation des contributions

De ce rapide survol des problématiques, il ressort clairement que le contexte social actuel oblige les théoriciens et les praticiens du droit à revoir leurs pratiques sur le terrain tout en questionnant les fondements mêmes de l'édifice juridique. Dans le premier cas, les nouvelles approches comme celles développées au sein des programmes de règlements des différends poussent le droit à revoir ses pratiques et finalité, tandis que l'adoption des chartes transforme la manière dont les juges sont appelés à interpréter et «créer» les lois avec de nouveaux pouvoirs que nos démocraties leur reconnaissent. Ces transformations nous obligent à questionner le cadre théorique des pratiques juridiques et judiciaires. Mais peu importe l'angle sous lequel le problème est entrevu, il semble que nous soyons forcés de remettre en question les actuelles théories normatives du droit soit pour les redéfinir, soit pour en forger de nouvelles qui seraient plus à même de rendre compte de ce que nous devons désormais entendre par le concept «droit».

13. A. Lajoie *et al.*, dir., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination, effectivité*, Montréal, Thémis, 1998.

14. J.-G. Belley, «Les sociologies, les juristes et la sociologie du droit», 1983, *Recherches sociographiques*, vol. 24, aux pp. 263-282.

15. P. Coppens et J. Lenoble, dir., *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

16. R.-A. Macdonald, «Metaphors of Multiplicity: Civil Society, Regimes and Legal Pluralism» (1998) 15 *Arizona Journal of International and Comparative Law* 19.

Les textes regroupés dans le présent numéro ont donc pour objectif de tenter une contribution au débat lié aux théories normatives du droit et espère ainsi rompre avec l'idée que le droit, tel que défini traditionnellement, apporte réponse à cette difficile question de la capacité des théories normatives à répondre aux nouvelles demandes sociales. Luc Tremblay insiste sur les limites de la théorie positiviste et son besoin de fonder son propre cadre théorique sur une certaine conception du droit. Le droit ne serait donc pas exempt de toutes valeurs et incarnerait, selon Tremblay, le cadre normatif de nos sociétés. Quant à eux, Rod Macdonald et Jacques Lenoble proposent de nouveaux cadres théoriques mieux à même de rendre compte des insuffisances actuelles du droit et reformulent la tâche des juristes à l'intérieur d'un cadre épistémologique plus acceptable et plus proche des exigences sociales. Pour leur part, Georges A. Legault et André Lacroix attirent notre attention sur les difficultés qu'aura le droit à prétendre répondre à ces nouveaux enjeux sociaux. Ils proposent de prendre acte de cette limite et de chercher des solutions au sein de nouvelles approches comme celles qu'ont développées les éthiciens et moralistes au cours de la dernière partie du vingtième siècle.

Louise Lalonde présente une brève analyse comparative interdisciplinaire des notions de «pluralisme» développées par Macdonald et Legault afin d'en faire ressortir les lieux de convergence en regard des insuffisances de la théorie normative du droit. Plus particulièrement, l'auteure attire notre attention sur le fait que les terminologies retenues par ces auteurs, «le pluralisme normatif» de Legault et le «pluralisme juridique» de Macdonald, mettent en perspective leur conception respective du droit dans l'extension ou la réduction de son champ d'application comme mode de régulation sociale. Par-delà cette divergence toutefois, elle pose que tous deux reconnaissent la transformation du droit et cherchent à élargir la prise en compte des normativités inhérentes aux conflits.

À la lumière des travaux de ces chercheurs et chercheuses, et à la suite de la critique du positivisme juridique par les sciences sociales, notamment l'anthropologie et la sociologie, il semble que nous devons nous demander si nous pouvons encore parler d'une «théorie normative» du droit. En effet, dans quelle mesure les transformations du droit découlant de celles de la fonction de juger et de l'émergence de nouveaux modes de règlement des différends

modifient-elles la théorie du droit ou suscitent-elles l'élaboration d'une nouvelle théorie générale du droit (normative ou non normative)? C'est ce à quoi les auteurs dont nous avons réuni les textes tentent de répondre, mais leur contribution vise d'abord à alimenter le débat qui se doit d'être fait dans nos sociétés.

André Lacroix, Louise Lalonde et Georges A. Legault, professeure et professeurs à l'Université de Sherbrooke et organisatrice et organisateurs du colloque.